

## היועץ המשפטי לממשלה

כ"א בשבט תשס"ה

31 בינואר 2005

אל: מר ב. נתניהו, שר האוצר

שלום רב,

### הגדון: הפעלת חוק נכסי נפקדים על נכסים במזו-ירושלים של תושבי איר"ש

כשר הממונה על חוק נכסי נפקדים, התשי"י-1950 (להלן - החוק), וכמחזיק סמכויות האפוטרופוס על נכסי נפקדים (להלן - האפוטרופוס), בהערך אפוטרופוס מכהן, אני פונה אליך בסוגיה שבנדון כדלקמן:

1. הסוגיה שנדון, באשר להפעלת הוראות החוק על נכסים של תושבי אזור יהודה והשומרון (להלן - איר"ש) המצויים במזרח-ירושלים, התעוררה כבר בסמוך לאחר מלחמת ששת הימים, לאחר שכפועל יוצא, כנראה לא מתוכנן, של הרחבת גבולותיה של ירושלים על שטחים שהיו חלק מאיר"ש, הפכו נכסים של תושבי איר"ש המצויים במזרח ירושלים לנכסים "נפקדים".

2. הנפקדות של נכסי תושבי איר"ש במזרח ירושלים היא טכנית באופיה, שכן הם הפכו לנפקדים בשל פעולה חד-צדדית שנקטה מדינת ישראל למטרה שונה, כאשר הן הנכסים והן בעליהם היו תחת שליטתה של מדינת ישראל, וכאשר לא מתקיימות כאן, לכאורה, התכליות של החוק. מדובר למעשה ב"נפקדים נוכחים", שזכויותיהם ברכושם נשללו עקב ניסוחו הטכני הרחב של החוק.

יתרה מזו, לגבי תושבי איר"ש שנכסיהם שבתחומי מז' ירושלים הפכו לנפקדים, התוצאה קשה במיוחד, שכן החלת החוק משמעה שלילת רכושם ללא כל פיצוי, שכן חוק נכסי נפקדים (פיצויים), התש"ל-ג-1973 העניק פיצויים רק לנפקדים שהיו תושבי מדינת ישראל בעת חקיקתו.

אציין כאן, כי הרחבת גבולות ירושלים ב-1967 הפכה גם את תושבי מז' ירושלים ל"נפקדים נוכחים", ואת נכסיהם שבמז' ירושלים לנכסים נפקדים, אלא שמצב בלתי סביר זה תוקן בשעתו בחוק הסדרי משפט ומינהל (נוסח משולב), תשי"ל-1970.

## היועץ המשפטי לממשלה

3. עוד לפני שנים רבות הבהיר בית המשפט העליון לענין חוק נכסי נפקדים, כי נוכח היות ההגדרה של "נפקד" בחוק "רחבה וגורפת ביותר", באופן שהיא עלולה להכניס תחת כנפי החוק גם אנשים שאין בינם לבין תכליות החוק כל קשר, מוטלת "אחריות רבה על אלה שבידם להחליט... והיא מחייבת אותם לפעול מתוך יישוב הדעת, ומתוך גישה של יושר והבנה לתוצאות שהם עלולים לגרום על-ידי מעשיהם."

4. ואכן לאורך השנים ננקטה בדרך-כלל מדיניות מגבילה בכל הנוגע להפעלת חוק נכסי נפקדים על נכסים במזרח ירושלים של תושבי איר"ש. להלן אעמוד בתמצית על נקודות הציון העיקריות:

א. עוד בנובמבר 1968 גובשה - בהנחייתו של היועץ המשפטי לממשלה דאז, מר מאיר שמגר - בפורום בראשות שר המשפטים, החלטה לפיה, בין היתר, לא יופעל החוק על נכסי דלא נידי במזרח ירושלים של תושבי קבע כדין של יהודה והשומרון. במכתבו למינהל מקרקעי ישראל מיום 18.8.69 הסביר מר שמגר את טעם ההנחיה כדלקמן:

"... לא ראינו הצדק ענייני לתפיסת רכוש, שהפך לנכס נפקד בעת ובעונה אחת עם הפיכת בעליו של הרכוש - שהוא תושב יהודה ושומרון - למי שנתון תחת שליטת רשויות שלטוניות ישראליות. לשון אחרת, הואיל והרכוש לא היה נכס נפקד לפני יום כניסת כוחות צה"ל למזרח ירושלים, ולא היה הופך לנכס נפקד אילו מזרח ירושלים היתה ממשיכה להיות חלק מיהודה ושומרון, לא ראינו הצדקה לכך שסיפוח מזרח ירושלים, והוא בלבד, יביא לנטילת רכושו של אדם, שאינו נפקד למעשה, אלא נמצא מאותו המועד בו הגיע רכושו לידינו, בתחום שלטון כוחות צה"ל."

ב. בדצמבר 1977 התקבלה החלטה בפורום בראשות שר המשפטים ושר החקלאות, שריככה את המגבלות על השימוש בחוק כלפי נכסים במז' ירושלים. לפי ההחלטה החדשה, תושבי איר"ש אשר להם נכסים במז' ירושלים נדרשו לפנות בעצמם לאפוטרופוס על נכסי נפקדים (להלן - האפוטרופוס) ולבקש המשך החזקה ושימוש בנכסיהם. הסדר זה נקבע כהסדר זמני, ש"יובא לעיון מחדש לאור הנסיון בהפעלתו".

בפועל, מסתבר כי לא היה עיון מחדש בהסדר שנקבע, ובדיעבד הסתבר כי בחסות הסדר זמני זה, שאיפשר תפיסת נכסים בהם לא היו החזקה ושימוש רציפים, נעשה שימוש לרעה בחוק, כפי שנחשף בדו"ח ועדת קלוגמן מ-1992. בעקבות דו"ח זה הוחלט מחדש על הקפאת הפעלת החוק, וחזרה למדיניות ששררה עד דצמבר 1977 (הנחיית שמגר).

## היועץ המשפטי לממשלה

ג. בשנת 1997 שוב רוככו מעט המגבלות, והותר לאפוסטרופוס להוציא תעודות לגבי נכסים פנויים, באישור היועץ המשפטי למשרד האוצר, ולגבי נכסים תפוסים, גם אישור משרד המשפטים, בנוסף לאישור היועץ המשפטי למשרד האוצר. בפועל, כפי הנראה נעשה שימוש מוגבל בסמכות זו.

ד. במרץ 2000 החליט פורום שרים בהשתתפות שר האוצר, שר המשפטים ושר לעניני ירושלים, כל העברה, מכל סוג שהוא, של נכסים במזרח ירושלים על-ידי האפוסטרופוס לרשות הפיתוח, טעונה אישור פורום השרים, או מי שהוסמך לכך על ידם.

5. ביום 22.6.04 נדונה בוועדת השרים לעניני ירושלים הצעת החלטה, שהוגשה על-ידי יו"ר הוועדה השר נ. שרנסקי, שתכליתה המוצהרת הייתה ביטול המגבלות שנקבעו על-ידי צוות השרים במרץ 2000, כמצוין לעיל. בישיבה נטלו חלק שני שרים בלבד (השרים נ. שרנסקי וז. אורלב), ובסיומה התקבלה החלטה מס' ים/11 שקבעה כדלקמן -

**"מחליטים, להבהיר, למען הסר ספק, כי בידי האפוסטרופוס לנכסי נפקדים נתונות הסמכויות על-פי סעיף 19 לחוק נכסי נפקדים, התשי"א-1950 ובכללן ביצוע, העברה, מכירה או החכרה של נכס מקרקעין במזרח ירושלים לרשות הפיתוח."**

החלטה זו התקבלה בניגוד לעמדת שני נציגי משרד המשפטים שהופיעו בפני הוועדה. החלטה זו מתיימרת להסיר את כל המגבלות על הפעלת סמכותו של האפוסטרופוס לנכסי נפקדים לגבי נכסים במז' ירושלים. כן אציין, כי בניגוד להצעת ההחלטה, בה הותנתה הפעלת הסמכות "בכפוף להתייעצות עם היועץ המשפטי למשרד האוצר או נציגו לגבי כל פעולה כאמור בנכס תפוס", בהחלטה שהתקבלה הושמט תנאי זה.

החלטה זו קיבלה תוקף של החלטת ממשלה ביום 8.7.04, בהעדר ערר (החלטה מס' 2207). לצערי, בשל תקלה, לא הובאו הדברים לידיעתי באותה עת, ונודע לי על החלטה רק לאחרונה עקב פניות אלי בנושא.

6. יובהר מיד, כי החלטה זו לא יכולה לעמוד. אין זה מסמכותה של ועדת השרים לעניני ירושלים ליתן פרשנות משפטית באשר לגודרי סמכותו של האפוסטרופוס לנכסי נפקדים, ואין זה מתפקידיה לעסוק בקביעת מדיניות לשימוש בסמכויות לפי חוק נכסי נפקדים.

## היועץ המשפטי לממשלה

7. כמצוין לעיל, בתמצית רבה, הפעלת סמכויות האפוסטרופוס לנכסי נפקדים על נכסים במז' ירושלים של תושבי איר"ש מעוררת קשיים משפטיים רבים, הן כאלה הנוגעים לתחולת החוק ולסבירות החלתו בנסיבות אלה, והן בהיבטים של חובותיה של מדינת ישראל לפי כללי המשפט הבינ"ל המינהגי, שהם בעלי תוקף חוקי מחייב בדין הישראלי, ובראש ובראשונה חובת המדינה לכבד את זכויות הקנין של התושבים בשטח המוחזק על ידה בתפיסה לוחמתית. חובות אלה מקבלות משנה תוקף גם נוכח השינוי במשטר החוקתי במדינת ישראל והפיכתה של הזכות לקנין לזכות חוקתית.

כמצוין בסעי' 4(א) לעיל, עוד בשנת 1968 סבר היועץ המשפטי לממשלה דאז, מר מאיר שמגר, לימים נשיא בית המשפט העליון, כי "הואיל והרכוש לא היה נכס נפקד לפני יום כניסת כוחות צה"ל למזרח ירושלים, ולא היה הופך לנכס נפקד אילו מזרח ירושלים היתה ממשיכה להיות חלק מיהודה ושומרון, לא ראינו הצדקה לכך שסיפוח מזרח ירושלים, והוא בלבד, יביא לנטילת רכושו של אדם, שאינו נפקד למעשה, אלא נמצא מאותו המועד בו הגיע רכושו לידינו, בתחום שלטון כוחות צה"ל."

עמדה זו נראית לי נכונה גם היום, לפחות ככלל עקרוני.

8. מן הראוי להדגיש לענין זה, כי ליישום ההחלטה שהתקבלה עלולות להיות השלכות בינ"ל תמורות גם בנוגע לגדר ההפרדה, בהיבטים שונים בגינם זכתה מדינת ישראל לביקורת קשה מבית הדין הבינלאומי בהאג, ואיני רואה מקום לפרט כאן. מכל מקום, מדובר בנושא מובהק שבו האינטרס של מדינת ישראל הוא להימנע מפתיחת חזיתות חדשות בזירה הבינלאומית בכלל, ובתחום המשפט הבינלאומי בפרט.

אציין, כי חלקים של גדר ההפרדה מוקמים על אותם נכסים, והקמתה מפרידה ועומדת להפריד בין הנכסים ובין תושבי איר"ש ("הנפקדים") שהחזיקו ועיבדו את הקרקע. מפניות שהגיעו למשרדנו עולה, כי היו לאחרונה מקרים בהם בקשות להיתרי כניסה למרחב התפר לשם עיבוד האדמות ומסיק זיתים בשטחים אלה נענו בשלילה בטענה שהקרקע אינה שייכת עוד ל"נפקד".

עוד אציין, כי בדיון עם גורמי מערכת הביטחון המופקדים על הקמת הגדר הייתה תמימות דעים, כי יש להמשיך ולאפשר למי שהחזיקו והשתמשו במשך שנים רבות בנכסים במזרח ירושלים להוסיף ולהשתמש בהם גם לאחר הקמת הגדר.

9. אשר על כן אבקשך להורות על הפסקה מיידית של הפעלת חוק נכסי נפקדים על נכסים במזרח ירושלים של תושבי איר"ש.

## היועץ המשפטי לממשלה

בנסיבות הקיימות, אין מנוס כאמור מחזרה למדיניות לפיה, ככלל, לא ייעשה שימוש בסמכויות לפי החוק בנוגע לנכסים הנדונים, למעט בנסיבות מיוחדות, ובכפוף לאישור מוקדם של היועץ המשפטי לממשלה או מי שהוא הסמיך לכך.

במקביל לכך, תימשך עבודת מטה, שכבר החלה, מול כל הגורמים הנוגעים בדבר, כדי לגבש כללי פעולה אופרטיביים, בעיקר בכל הנוגע לבעיות המעשיות המתעוררות עקב הקמת גדר ההפרדה בשטחים הרלבנטיים או בסמוך להם.

בברכה,



מ. מזוז

### העתיקים:

ראש הממשלה

י"ר וחברי ועדת השרים לעניני ירושלים (באמצעות מזכירות הממשלה)

שרת המשפטים

מזכיר הממשלה

המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ייעוץ)

✓ המשנה לפרקליט המדינה (אזרחי)

היועצת המשפטית למשרד האוצר

היועץ המשפטי למשרד החוץ

יועמ"ש איר"ש